



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2013

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Betroffenen vom 03.02.2012 gegen den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, Az. BK8-11-024, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Betroffene.

Der Beschwerdewert wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

Mit Festlegung vom 14.12.2011, BK8-11-024, hat die Bundesnetzagentur das Verfahren zum Ausgleich der aufgrund von § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV entgangenen Erlöse bestimmt. In der Festlegung (Seite 21 f.) geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass Betreiber geschlossener Verteilernetze nur eingeschränkt an dem Wälzungsmechanismus teilnehmen. Strom der innerhalb geschlossener Verteilernetze erzeugt wird, unterfalle nicht dem Wälzungsmechanismus. Lediglich die sog. Residualstrommenge (Strommenge aus dem Netz der allgemeinen Versorgung ohne die Eigenerzeugung) partizipiere an dem bundesweiten Umlagemechanismus. Die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden befreien jedoch – wie in dem „Leitfaden zur Genehmigung von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV“ und auf der Homepage der Bundesnetzagentur erläutert – ganz oder teilweise energieintensive Unternehmen, die in geschlossenen Verteilernetzen nach § 110 EnWG ansässig sind, von den Netzentgelten.

Die Betroffene, ... , betreibt den Chemiepark B. und das Elektrizitätsversorgungsnetz auf dem Gelände, das nicht der allgemeinen Versorgung dient. Das Netz ist auf der Hochspannungsebene an das vorgelagerte Netz C. angeschlossen. In dem Chemiepark existieren mehr als ... Produktionsstätten, die teilweise zum D.-Konzern gehören. An dem Standort werden jährlich ... kWh Strom verbraucht. Mehrere auf dem Gelände tätige Unternehmen haben Anträge auf Netzentgeltbefreiung gestellt, von denen die Landesregulierungsbehörde ... Fälle positiv beschieden hat. Zwei weitere Unternehmen haben ebenfalls Anträge gestellt. Die Betroffene hat gegen die bereits ergangenen Bescheide Beschwerde eingelegt.

Die Betroffene beantragte am 17.10.2011 die Einordnung als geschlossenes Verteilernetz bei der Landesregulierungsbehörde Mit Schreiben vom 29.12.2011 nahm die Betroffene den Antrag auf Einstufung als geschlossenes Verteilernetz zurück. Zuvor hatten Gespräche mit der Landesregulierungsbehörde ... stattgefunden und die F. mit Schreiben vom 21.12.2011 mitgeteilt, dass die geltend gemachten entgan-

genen Netzentgelte nicht umlagefähig seien, weil die Betroffene als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes nicht am Wälzungsmechanismus teilnehme.

Die Betroffene greift die Festlegung an und meint, dass auch die Betreiber geschlossener Verteilernetze – wie in dem Entwurf zur Festlegung zunächst noch vorgesehen - vollständig vom Anwendungsbereich der Festlegung erfasst seien.

Der Wettbewerb werde erheblich verzerrt, wenn die Betreiber geschlossener Verteilernetze die ihnen entgangenen Netzkosten nicht im Rahmen des Wälzungsmechanismus weitergeben könnten. Die Betroffene müsse dann die durch die Befreiung entgangenen Netzentgelte auf die am Standort tätigen Unternehmen umlegen. So seien im Netz der Betroffenen Unternehmen in Höhe von etwa ... Euro jährlich von den Netzkosten befreit, bei Netzkosten der Betroffenen von jährlich etwa ... Euro. Dies führe dazu, dass sich die Netzentgelte für die nicht privilegierten Letztverbraucher nahezu Auch könne die Betroffene sich nicht auf die Vermutungswirkung des §§ 110 Abs. 4 S. 2 EnWG berufen. Sie habe ihren Antrag auf Einstufung als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes auch nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Belastung aufgrund der Netzentgeltbefreiungen zurückgenommen, obwohl sie an sich die Voraussetzungen für eine Einstufung gemäß § 110 EnWG erfülle.

Die Festlegung erfasse bereits nach ihrem Wortlaut Betreiber geschlossener Verteilernetze, weil es sich auch bei diesen um „Netzbetreiber“ bzw. „Verteilernetzbetreiber“ handele (vgl. § 3 Nr. 2 EnWG). So gehe auch die Bundesnetzagentur in dem gemeinsamen Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur vom 23.02.2012 davon aus, dass geschlossene Verteilernetze keine „dritte Netzkategorie“ neben den Transport- und den Verteilernetzen darstellten, sondern eine Untergruppe der Verteilernetze seien. Auch die Systematik der Regelung des § 19 Abs. 2 StromNEV rechtfertige keine Unterscheidung zwischen den Betreibern geschlossener Verteilernetze und Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung.

Vielmehr stelle § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV a. F. klar, dass die entgangenen Erlöse zu erstatten seien. § 19 Abs. 2 S. 7 2. Halbsatz StromNEV a. F. regele nur den horizontalen Belastungsausgleich der Übertragungsnetzbetreiber nach § 19 Abs. 2 S. 7

1. Halbsatz StromNEV untereinander. Bei dem Verweis auf § 9 KWKG in § 19 Abs. 2 S. 7 2. HS StromNEV a. F. handele es sich um eine Rechtsfolgenverweisung auf den Erstattungsmechanismus nach § 9 KWKG. Es sei auch nicht ersichtlich, warum der Verordnungsgeber von der in der StromNEV enthaltenen Systematik, der unterschiedslosen Anwendung auf alle Elektrizitätsverteilernetze, mithin auch auf geschlossene Verteilernetze, nur bei der Erstattung entgangener Erlöse habe abweichen wollen. Im Übrigen werde auch KWK-Strom gefördert, unabhängig von der Frage, ob der Strom in ein Netz der allgemeinen Versorgung oder in ein geschlossenes Verteilernetz eingespeist werde, und nehme vollständig an dem Wälzungsmechanismus nach § 9 KWKG teil (vgl. § 4 Abs. 3a KWKG). In der Vergangenheit sei die Gewährung eines individuellen Netzentgeltes dann ausgeschlossen gewesen, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer derselben bzw. aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich wesentlich erhöht hätten (§ 19 Abs. 2 S. 1 und 2 StromNEV a. F.). Mit der Einführung des bundesweiten Belastungsausgleichs sei diese Verhältnismäßigkeitsregelung zwar entfallen. Die historische Entwicklung zeige jedoch, dass einzelne Netznutzer, hier die Betreiber geschlossener Verteilernetze, nicht überproportional belastet werden sollen.

Der Betroffenen gehe es um eine Teilhabe an dem Wälzungsmechanismus und nicht um die Frage, ob die Festlegung auf einer ausreichenden Ermächtigung beruhe. Den Entscheidungen des Senats vom 06.03.2013, in denen der Senat die Festlegung aufgrund einer wirksamen Ermächtigungsnorm als rechtswidrig eingestuft habe, käme daher auch keine Bedeutung für dieses Verfahren zu. So sei die Festlegung als Verwaltungsakt hier im Verhältnis zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur wirksam. Die Beschlüsse des Senats vom 06.03.2013 führten nicht zu einer Aufhebung der Festlegung im hiesigen Beschwerdeverfahren. In den dortigen Verfahren sei Rechtsbeschwerde eingelegt worden, so dass aufgrund der fehlenden Rechtskraft auch die Frage einer etwaigen inter-omnes-Wirkung der Festlegung dahinstehen könne. Die Festlegung sei auch - selbst wenn es an einer ausreichenden Ermächtigung fehlen sollte - nicht gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig. Das Gericht könne auch nicht inzident in diesem Beschwerdeverfahren die Wirksamkeit der Festlegung in Frage stellen, weil dies dem Verböserungsverbot und dem Grundsatz widerspreche, dass das Gericht an die Anträge des Beschwerdeführers gebunden sei.

Nachdem die Betroffene u.a. zunächst die Feststellung beantragt hatte, dass auch Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes „Verteilernetzbetreiber“ im Sinne der Tenorziffer 1 der Festlegung seien, und hilfsweise die vollständige Aufhebung der Festlegung begehrt hatte, beantragt sie nunmehr,

den Beschluss BK8-11-024 vom 14.12.2011 insoweit aufzuheben, als Betreiber geschlossener Verteilernetze vom Anwendungsbereich des Beschlusses ausgenommen werden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass der Betroffenen die materielle Beschwer fehle, sie weder unmittelbar oder individuell in ihren Rechten berührt sei. Sie betreibe derzeit kein geschlossenes Verteilernetz, sondern ein Netz der allgemeinen Versorgung. Als Betreiberin eines Netzes der allgemeinen Versorgung greife für sie der Wälzungsmechanismus. Es sei auch unklar, ob die Voraussetzungen des § 110 EnWG bei der Betroffenen überhaupt vorlägen.

Die Festlegung bilde zusammen mit § 19 Abs. 2 StromNEV die normative Grundlage. Da § 19 Abs. 2 StromNEV nach der Auffassung des Senates jedoch nichtig sei, fehle es nach dieser Auffassung insgesamt an einer wirksamen Anspruchsgrundlage.

Die Bundesnetzagentur hält § 19 Abs. 2 StromNEV jedoch für eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage, die auch den Vorgaben des § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG entspreche. § 19 StromNEV sei nichtdiskriminierend und verstoße auch nicht gegen den Grundsatz, dass Entgelte angemessen und kostenorientiert sein müssten. Eine vollständige Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses scheidet aus, weil jedenfalls die Regelung zur Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV rechtmäßig sei.

Es sei – gehe man von einer Wirksamkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV aus - auch sachgerecht, die Betreiber geschlossener Verteilernetze grundsätzlich aus dem An-

wendungsbereich des Wälzungsmechanismus auszuklammern. Der Verweis in § 19 Abs. 2 S. 7 2. Halbsatz StromNEV a. F. verweise auf § 9 KWKG. § 9 KWKG i. V. m. § 3 Abs. 9 KWKG definiere „Netzbetreiber“ als „Betreiber von Netzen aller Spannungsebenen für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität“. Durch diesen Verweis werde klargestellt, dass Betreiber geschlossener Verteilernetze gerade nicht in den Belastungsausgleich nach § 9 KWKG einbezogen werden sollen. Diese Auslegung werde durch die Neufassung des § 19 Abs. 2 S. 14 StromNEV bestätigt.

Im Übrigen seien die Betreiber geschlossener Verteilernetze nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Festlegung ausgenommen. Entscheidend für eine Teilnahme am Wälzungsmechanismus sei vielmehr, dass aus dem Netz der allgemeinen Versorgung ein erheblicher und netzstabilisierender Strombezug erfolge. In geschlossenen Verteilernetzen werde ein Großteil des erzeugten Stroms aber im geschlossenen Verteilernetz selbst, von dort stehenden dezentralen Eigenerzeugungsanlagen, produziert und dann unmittelbar im geschlossenen Netz verbraucht. Eine netzstabilisierende Wirkung für das allgemeine Stromnetz und damit ein Grund für eine Netzentgeltbefreiung träten in diesen Fällen gerade nicht ein. So verfüge die Betroffene im „Chemiepark B.“ auch über ... Kraftwerke, die mittels Kraft-Wärme-Kopplung ... elektrische Leistung lieferten. Die Anlagen seien ausweislich der Internetseite der Betroffenen so dimensioniert, dass die Leistung auch für neue Investoren genutzt werden könne. Soweit ersichtlich liege daher kein nennenswerter Strombezug aus dem vorgelagerten Netz vor. Soweit Strom aus dem allgemeinen Netz in das geschlossene Verteilernetz oberhalb der Schwellenwerte von 7.000 Benutzungsstunden und 10 GWh gespeist werde (sog. Residualstrommenge), komme selbstverständlich eine Wälzung und Teilnahme am Befreiungssystem in Betracht. Dies gelte aber nur für die Strommenge, die den befreiten Letztverbrauchern im geschlossenen Verteilernetz auch zugerechnet werden könne.

B.

Die zulässige Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

I.

Der Anfechtungsantrag der Betroffenen, die Festlegung teilweise aufzuheben, ist zulässig. Sie ist Adressatin der Festlegung und in ihren Rechten berührt.

Die Betroffene hat nachvollziehbar erläutert, dass ihr durch die Sonderregelung für Betreiber geschlossener Verteilernetze ggfs. Netzentgelte ... entweder nicht erstattet oder von den Netznutzern des geschlossenen Verteilernetzes selbst getragen werden müssten. Dass sie derzeit nicht als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes eingestuft ist, lässt die Beschwerdebefugnis nicht entfallen. Die Betroffene hat plausibel erläutert, dass sie ihren zunächst gestellten Antrag auf Einordnung als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes nur im Hinblick auf die einschneidenden wirtschaftlichen Konsequenzen zurückgenommen habe, nachdem in Gesprächen mit der Landesregulierungsbehörde und der F. klar geworden sei, dass sie nicht am Wälzungsmechanismus teilnehme.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Die Betroffene kann keine Teilaufhebung der Festlegung und so eine Teilnahme am Wälzungsmechanismus als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes verlangen, weil die Festlegung nicht nur teil-, sondern insgesamt rechtswidrig ist. Es käme daher nur eine vollständige Aufhebung der Festlegung in Betracht. Eine solche vollständige Aufhebung der Festlegung ist von der Betroffenen aber nicht begehrt. So hat sie ihren insoweit zunächst gestellten Antrag in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV mit Wirkung zum 04.08.2011, mit der auch der hier streitige bundesweite Wälzungsmechanismus und die vollständige Befreiungsmöglichkeit von den Netzentgelten eingeführt wurde, sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hält. Die Befreiungsregelung und der Wälzungsmechanismus bilden eine nicht teilbare Einheit.

Die Festlegung ist insgesamt rechtswidrig, weil diese auf einer unwirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht.

Der Senat hat am 06.03.2013 in mehreren Verfahren entschieden, dass die in § 19 StromNEV angeordnete (vollständige) Befreiung von den Netzentgelten nichtig ist und in den genannten Verfahren die Festlegung vom 14.12.2011 aufgehoben (vgl. ausführlich zur Begründung der Beschlüsse vom 06.03.2013, IV-3 Kart 14/12 (V), IV-3 Kart 43/12 (V), IV-3 Kart 49/12 (V), IV-3 Kart 57/12 (V), IV-3 Kart 65/12 (V)).

Der Senat hält an seiner Auffassung fest. Die Festlegung und der sich aus § 19 StromNEV ergebende Wälzungsmechanismus sind insgesamt unwirksam. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist. Eine Teilnichtigkeit der Verordnungsregelung mit einer „geltungserhaltenden Reduktion“ im Übrigen, etwa beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht.

So stellt der – bundesweite – Ausgleich der Erlösausfälle, die einem Netzbetreiber durch Befreiungen und individuelle Netzentgelte entstehen, keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die erheblichen Erlösausfälle bundesweit gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen (vgl. ausführlich die Begründung der genannten Entscheidungen).

Dass hier eine enge Verbindung zwischen Netzentgeltbefreiung und Wälzungsmechanismus besteht, zeigt auch das vorliegende Verfahren. So führt der - weiter unten

ausgeführte - in sich nicht stimmige Zusammenhang von Netzentgeltbefreiungen und Wälzungsmechanismus in geschlossenen Verteilernetzen zu nicht überzeugenden Ergebnissen.

2.

Der rechtlichen Wirkung, Nichtigkeit der Verordnungsregelung und Rechtswidrigkeit der Festlegung insgesamt, kann die Betroffene sich nicht dadurch entziehen, dass sie geltend macht, sie wolle die Festlegung „nicht angreifen“ und die Bestandskraft der Festlegung und das Problem der fehlenden Ermächtigungsgrundlage „nicht in Frage stellen“. Der Senat hat vielmehr bei seiner Entscheidung die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Normen und Rechtsgrundlagen von Amts wegen zu prüfen.

Die Betroffene geht zunächst zutreffend aus, dass eine fehlende Ermächtigungsgrundlage nicht zur Nichtigkeit der Festlegung gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG führt. Fehlt eine Ermächtigungsgrundlage oder ist diese nicht ausreichend, führt dies zur Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, aber nur in Ausnahmefällen zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes.

Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens ist ein Verwaltungsakt jedoch auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen. Im Fall der Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde ergibt sich dies von selbst. Diese Rechtmäßigkeitsprüfung gilt auch für Feststellungsanträge. So könnte diese Prüfungsreichweite auch nicht dadurch verringert werden, dass etwa – wie zunächst von der Betroffenen schriftsätzlich begehrt - mit Hilfe eines Feststellungsantrages die Festlegung durch das Gericht „so wie sie ist“ und „als bestandskräftig gelten“ hinzunehmen wäre (vgl. auch zur Feststellungsklage: BVerwG, Beschluss vom 09.03.1990, Az. 4 B 145/88).

Die Betroffene meint insoweit unzutreffend, dass die Wirksamkeit der Festlegung schon deshalb nicht geprüft werden müsse, weil die Betroffene „das nicht wolle“, es ihr nur um die Teilregelung für geschlossene Verteilernetze gehe, und das Gericht an die Anträge der Beschwerdeführerin gebunden sei, eine Überprüfung „nicht dem Rechtsschutzziel der Betroffenen entspreche“. Der Grundsatz der Antragsbindung meint jedoch nur, dass die gerichtliche Entscheidung sich an den Anträgen, d.h. an

dem erstrebten (End)-Ergebnis, zu orientieren hat. Es bedeutet jedoch nicht, dass eine Prüfung der rechtlichen Grundlagen dadurch verhindert werden könnte, dass Anträge entsprechend gefasst werden.

Die Auffassung der Betroffenen würde im Übrigen auch zu rechtlich kaum vertretbaren Entscheidungen führen, wenn ein Gericht oder im Verwaltungsverfahren eine Behörde die Rechtmäßigkeitsprüfung bestimmter Normen „ausblenden“ müsste, nur um dem Rechtsschutzziel des Antragstellers gerecht zu werden. Entscheidet sich ein Beschwerdeführer, einen Verwaltungsakt nicht anzugreifen, ist er ihm gegenüber bestandskräftig. Entscheidet er sich hingegen, einen Verwaltungsakt ganz oder – wie hier - in Teilen gerichtlich überprüfen zu lassen, ist das Gericht zwar hinsichtlich des Umfangs des Angriffs an die Anträge gebunden. So greift die Betroffene die Beschränkung, die sich aus der Festlegung für Betreiber geschlossener Verteilernetze ergibt (S. 21 der Festlegung), an. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Grundsatz der Antragsbindung so weit geht, dass einzelne Prüfungsschritte entfallen oder etwa auf die Prüfung der Rechtsgrundlagen verzichtet werden könnte.

Auch das Verböserungsverbot steht nicht entgegen. So wird im vorliegenden Fall der Verwaltungsakt nicht zum Nachteil der Betroffenen aufgehoben. Vielmehr erreicht die Betroffene nur nicht ihr Rechtsschutzziel, dass der Wälzungsmechanismus auch für Betreiber geschlossener Verteilernetze gelten solle.

3.

Die Teilaufhebungsbegehren der Betroffenen führt daher nicht zum gewünschten Erfolg. Im Kern möchte die Betroffene erreichen, dass der in der Festlegung näher geregelte Wälzungsmechanismus insgesamt und einschränkungslos auch für Betreiber geschlossener Verteilernetze gilt. Die Betroffene möchte in den Anwendungsbereich eines sie begünstigenden, aber insgesamt rechtswidrigen Verwaltungsaktes „aufgenommen“ werden und begehrt eine unzulässige „Gleichbehandlung im Unrecht“. Dies kann aber nur gelingen, wenn die Festlegung selbst – was hier nicht der Fall ist - auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage beruht.

Es ist für den Senat zwar nachvollziehbar, dass die Betroffene die unstimmige Regelung beanstandet, die bei der Betroffenen dazu führen würde, dass sie – als Betreiberin eines geschlossenen Verteilernetzes – entgangene Netzentgelte in Millionenhöhe im Wesentlichen selbst zu tragen hätte oder auf die in ihrem geschlossenen Verteilernetz vorhandenen nicht befreiten Netznutzer umlegen müsste.

So hat die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung nicht plausibel erläutern können, weshalb zwar die im geschlossenen Verteilernetz ansässigen Letztverbraucher ggfs. vollständig von den Netzentgelten befreit werden, die Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes aber wegen fehlender netzentlastender Wirkung nur ggfs. mit der sog. Residualstrommenge am Wälzungsmechanismus teilnehmen. Ist Grund für die eingeschränkte Teilnahme am Wälzungsmechanismus die fehlende netzentlastende Wirkung, ist nicht nachvollziehbar, wieso dann in einem geschlossenen Verteilernetz ansässige Letztverbraucher netzstabilisierend wirken sollen, wenn sie ihren Strom nicht aus dem vorgelagerten Stromnetz, sondern nur den im Industriepark selbst erzeugten Strom beziehen. Es ist vor diesem Hintergrund auch widersprüchlich, dass die Betreiber geschlossener Verteilernetze nach der Festlegung „wie Letztverbraucher“ zu behandeln sein sollen (S. 22 2. Absatz der Festlegung) und nur die Residualstrommenge als „Letztverbraucherabsatz“ in die Umlage einfließen soll, obwohl unstreitig im Netz hinter diesen „wie Letztverbraucher“ zu behandelnden Betreibern geschlossener Verteilernetze noch „echte Letztverbraucher“ mit abweichenden freigestellten Netzentgelten existieren.

Es kann offen bleiben, ob und inwieweit eine bestimmte Strommenge überhaupt und ob und inwieweit der Strombezug in einem geschlossenen Verteilernetz netzstabilisierend und ein sachgerechtes Kriterium für eine bestimmte Handhabung oder Entgeltentlastung sein kann (vgl. § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV in der ab 01.01.2014 geltenden Fassung). Jedenfalls muss ein bestimmtes Kriterium in sich stimmig und systemgerecht angewendet werden. Soweit die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung darauf verwiesen hat, dass die inkonsistente Regelung auch auf der innerorganisatorischen Arbeitsverteilung beruhe, zwei unterschiedliche Beschlusskammern zu Netzentgeltbefreiungen und Wälzungsmechanismus entschieden hätten, kann dies eine unstimmige Handhabung durch die Bundesnetzagentur nicht rechtfertigen. Hinsichtlich der Zusammenarbeit mit den Landesregulierungsbehörden

kann die Bundesnetzagentur ggfs. gemäß § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG vorgehen, um hier sich widersprechenden Entscheidungen vorzubeugen.

4.

Eine Teilhabe an den Wirkungen der Festlegung kann die Betroffene auch nicht dadurch erreichen, dass die Vorschriften der StromNEV geändert worden sind. So ist für die hier angegriffene Festlegung auch nicht rückwirkend eine wirksame Rechtsgrundlage durch die Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts vom 14.08.2013 (BGBl. I 2013, 3250) geschaffen worden.

Das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 27.02.2007, 1 BvR 3140/06) hat zwar festgestellt, dass gegebenenfalls auch rückwirkend eine Rechtsgrundlage geschaffen werden kann. Gegenstand des dortigen Verfahrens war eine Kostenumlage für einen Kursmakler nach § 51 Abs. 1 KWG. Der Gesetzgeber hatte eine gesetzliche Regelung erlassen, mit der die bisher geltenden – inhaltlich unverändert gebliebenen - Verordnungsbestimmungen rückwirkend mit Gesetzeskraft ausgestattet worden waren (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 24.01.2011, 8 C 36/09). Das Bundesverfassungsgericht sah diese „echte Rückwirkung“ jedoch als zulässig an, weil Vertrauensschutzgesichtspunkte nicht entgegen stünden. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat zu dieser Vorschrift Stellung genommen und eine rückwirkende Anordnung für zulässig erachtet, wobei das Gericht darauf hingewiesen hatte, dass die Regelung inhaltlich nicht geändert worden war (BVerwG, Urteil vom 24.01.2011, 8 C 36/09). Auch soweit der Bundesgerichtshof die rückwirkende Geltung des § 9 ARegV n. F. für zulässig gehalten hat (BGH, Beschluss vom 31.01.2012, Az. EnVR 16/10, Gemeindegewerke Schutterwald), war rückwirkend eine Rechtsgrundlage für eine inhaltlich nicht geänderte Regelung geschaffen worden.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den genannten Fällen grundlegend. So nehmen die Änderungen des § 19 StromNEV – soweit sie aufgrund der Übergangsregelungen überhaupt auf „Altfälle“ anwendbar sind – auch inhaltlich maßgebliche Anpassungen vor.

So ist § 19 StromNEV gezielt inhaltlich geändert worden, um die vollständige Befreiung von den Netzentgelten abzuschaffen und erhebliche, insbesondere auch inhaltliche Bedenken zu berücksichtigen. Hierbei handelt es sich um eine grundlegende und wesentliche Änderung. Auch sind hinsichtlich der Wälzungsregeln inhaltlich zusätzliche bzw. andere Vorschriften geschaffen worden, z. B. ist die Belastungsgrenze auf 1 Mio. Kilowattstunden, § 19 Abs. 2 S. 15 StromNEV erhöht worden (vorher nach der Festlegung 100.000 Kilowattstunden, Ziffer 5.5 der Begründung in der Festlegung, Seite 24). Die Festlegung verweist etwa auch auf die Vorschriften über die vollständige Netzentgeltbefreiung (Ziffer 5.1, S. 19 der Festlegung), obwohl diese mit der Ordnungsänderung abgeschafft worden ist. Auch stellt § 32 Abs. 7 StromNEV n. F. fest, dass für nicht beschiedene oder aufgehobene Genehmigungen die Neuregelung rückwirkend zum 01.01.2012 gelten soll und macht so deutlich, dass die bisherigen Rechtsgrundlagen soweit wie möglich gerade auch inhaltlich ersetzt werden sollen.

Durch die Änderung der StromNEV ist daher für die hier streitgegenständliche Festlegung vom 14.12.2011 nicht nachträglich eine wirksame Rechtsgrundlage geschaffen worden. Es kann daher offen bleiben, ob die Übergangs- und Neuregelung selbst ihrerseits rechtmäßig ist.

Es ist ferner auch unklar, ob und ggfs. inwieweit die Bundesnetzagentur die Festlegung unter dem neuen Recht und unter Berücksichtigung der Übergangsregelungen überhaupt „automatisch weitergelten“ lassen will. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kann – anders als die Bundesnetzagentur in der Sitzung erklärt hat - keineswegs von einer Weitergeltung der Festlegung unter neuem Recht ausgegangen werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Den Beschwerdewert setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten auf 50.000 Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

Dr. E.

A.